

A. I. N° - 269515.0008/08-8
AUTUADO - ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO
AUTUANTE - NAGIBE PEREIRA PIZA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET 23.09.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0244-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA NÃO CONTABILIZADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção legal de omissão de saídas tributadas. Acolhidas em parte as razões de defesa. Infração subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS. ATIVO FIXO. Comprovado o recolhimento, à época. Infração insubsistente. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Exigência subsistente em parte, após comprovação do recolhimento de parte dos valores. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADA INTERESTADUAL DE MERCADORIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado parte do recolhimento, à época. Infração parcialmente subsistente. 4. LIVRO E DOCUMENTO FISCAL. ENTRADA DE MERCADORIA NÃO REGISTRADA. MULTA. Penalidade de caráter acessório absorvida pela multa por descumprimento de obrigação principal. Exigências insubsistentes. Rejeitados os pedidos de nulidade e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/08/2008, exige o débito, no valor de R\$ 84.864,86, conforme documentos às fls. 13 a 114 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS exigido de R\$ 55.800,44, apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos exercícios de 2006 e 2007;
- 2 Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, no valor de R\$ 158,11, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de abril e novembro de 2006;
- 3 Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, no valor de R\$ 1.654,50, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 e 2007;
- 4 Deixou de recolher o ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 3.220,43, inerente aos exercícios de 2006/2007, referente às aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para fins de comercialização;
- 5 Multa de R\$ 23.016,10, em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.
- 6 Multa de R\$ 1.015,28, em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

A autuada, através de sua titular, às fls. 121 a 153 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento de ofício, na qual, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração em razão:

1. De cerceamento de defesa, em razão da capitulação incorreta das infrações, uma vez que o autuante apontou de forma genérica os artigos infringidos, não os especificando, inviabilizando uma defesa ampla do contribuinte, do que cita doutrina.
2. De que no próprio trabalho fiscal não foram apresentadas todas as notas apontadas (fl. 145).
3. Da impossibilidade da aplicação da taxa SELIC sobre o débito como fator de correção monetária, por não encontrar respaldo jurídico. Cita art. 161, § 1º, do CTN, no qual estipula os juros à taxa de 1% ao mês.

No mérito, quanto à primeira infração, o contribuinte aduz que localizou o registro da grande maioria das notas fiscais ditas não escrituradas, conforme demonstrativo às fls. 155 a 160 dos autos, no qual constam as datas de emissão das notas fiscais, os seus respectivos números, valores e a data do efetivo lançamento no livro Registro de Entrada. Alega que, devido ao exíguo prazo, algumas notas ainda não foram localizadas, contudo, defende que a não localização é fruto da não aquisição de tais mercadorias, razão pela qual requer à fiscalização que oficie aos fornecedores para que comprovem que houve a comercialização de tais produtos à defendente, cabendo à fiscalização provar, através do conhecimento de transporte, pagamento ou qualquer outra prova capaz de demonstrar a entrada de tais mercadorias na sede da autuada. Além disso, diz que outros documentos se referem a operações em que não ocorre a incidência do imposto estadual e, portanto, são situações em que não nasce obrigação de recolher o ICMS, logo, não poderiam entrar na relação fiscal, já que não são mercadorias tributáveis, a exemplo das notas fiscais 55577 e 55578, as quais representam aquisições de bens para o ativo imobilizado, como também que se referem a operações de comodato, bonificação para demonstração, mercadorias devolvidas sem entrada no estabelecimento, retorno de mercadorias para conserto e troca de produtos vencidos. Assim, no presente caso, não existe a subsunção dos fatos à norma tributária de incidência do ICMS, pois não houve a venda, o pagamento e a tradição das mercadorias.

Diz, ainda, que algumas notas fiscais constantes do levantamento fiscal indicam como destinatário outros contribuintes diversos da autuada, a exemplo das notas fiscais emitidas pelo fornecedor sob CNPJ de nº. 05.666.502/0001-71.

Aduz que o presente lançamento não contém os elementos legais necessários para sua validade, uma vez que o autuante extrapolou os limites fixados pela legislação, utilizando-se de presunções e indícios que sequer foram demonstrados ou comprovados através de documentos hábeis, motivo pelo qual é imprescindível e necessária a decretação de nulidade da infração.

Quanto às infrações 2 e 3, diz que em várias das operações mencionadas pelo fisco houve o pagamento do diferencial de alíquota devido, o qual diz ter comprovado com a juntada de DAE à sua defesa. Aduz que a apresentação dos pagamentos da grande maioria das operações derruba todo o lançamento fiscal, já que fica comprovado se tratar de um trabalho ilíquido e incerto, que exige vários valores já recolhidos, contrariando o art. 142 do CTN.

Inerente à infração 4, diz que mais uma vez estão sendo apresentados em anexo vários DAES (fls. 173/176) que comprovam o pagamento referente a várias notas mencionadas no trabalho fiscal. Diz, ainda, desconhecer algumas das operações, pois não se tratam de mercadorias adquiridas por seu estabelecimento, cabendo ao fisco o dever de comprovar que tais operações foram praticadas com a autuada, através de ofício ou diligência aos fornecedores. Observa que a grande maioria das operações teve a antecipação parcial do ICMS e aquelas que não tiveram eram operações canceladas, para consumo próprio, bem como bonificação, conforme planilha à fl. 163 dos autos.

Em relação às infrações 5 e 6, as quais acusam o contribuinte de não ter realizado o registro de operações de aquisição de mercadorias tributadas e não tributadas, diz que devem ser analisadas em conjunto com a infração 01, pois, conforme restou demonstrado naquele item, agora se faz novamente com a juntada de nova planilha e dos livros de Registro de Entrada, anexo à defesa, inúmeros são os documentos fiscais devidamente escriturados, assim como outra parte das notas fiscais não foram registradas, pois não se referem a compras praticadas pela defendente. Diz que

cabe ainda registrar que, por força do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, tais multas devem ser relevadas, eis que não houve dolo, fraude, má-fé e muito menos falta de pagamento do imposto.

Às fls. 1.152 a 1.156 dos autos, a autuada atravessa expediente no qual esclarece que, no mês de agosto de 2008, a peticionante teve contra si a lavratura de dois autos de infração relativos à matriz, ora requerente, e à sua filial, com acusações e períodos referenciais distintos. Diz que, ao salientar a impossibilidade da cobrança de ICMS relativo às notas fiscais nº 55.577 e 55.578, a defesa relativa ao presente Auto de Infração constou uma alegação que deveria ser direcionada à defesa apresentada contra a autuação à sua filial, visto que as mesmas foram destinadas ao ativo fixo da filial. Assim, requer que seja acolhida a retificação.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 1.158 a 1.163, aduz que, às fls. 155 a 160 dos autos, o contribuinte insiste que as notas fiscais estão registradas com datas diferentes às datas de emissão das mesmas, porém não há nota fiscal lançada no livro Registro de Entradas com os números listados, apesar de admitir que muitas notas fiscais com CNPJ e valores iguais aos do Auto de Infração foram lançadas no referido livro com outro número ou com algarismos invertidos. Salienta que há de se ter humildade de reconhecer o próprio erro e mencionar com absoluta clareza na futura peça recursal para que se possa reformá-lo. Lembra que os livros fiscais e contábeis do contribuinte gozam de presunção de certeza, cabendo ao fisco contestar quando há prova em contrário, como no presente PAF.

Salienta que, às fls. 89 a 114, anexou cópia de algumas notas fiscais de entrada que não haviam sido lançadas nos livros Registro de Entradas, para fazer prova material da circulação da mercadoria ou materialização do negócio mercantil. Diz que todos os ilícitos fiscais mencionados neste Auto de Infração tiveram origem nas notas fiscais de entradas não lançadas em livros próprios, exceto parte das infrações 2 e 3. Ressalta que as notas fiscais de emissão da Movifrios Ltda, de números 9.354, 10.076, 11.503, 3.058, 17.459, 18.275, 21.811 e 26.750 foram excluídas deste processo por serem destinadas a outros contribuintes.

O autuante aduz que foi mal interpretada pelo contribuinte a redação da infração 01, pois é irrelevante se a mercadoria é ou não destinada à comercialização. Assim, na defesa de fls. 155 a 160, todas as alegações de que as mesmas foram lançadas no livro Caixa, estas foram eliminadas da infração, visto não ter sido auditado livros contábeis. Aduz que esta infração foi reformada, conforme fls. 1.126 a 1.134 dos autos.

Quanto à infração 2, às fls. 653/654, o contribuinte prova ter recolhido o ICMS pertinente as Notas Fiscais de nºs 1.191, 628.337 e 42.341 e que a nota fiscal nº 317.688 foi incluída neste ilícito por conta da declaração do contribuinte às fls. 159, primeira linha (imobilizado). Reforma a infração para o valor de R\$ 77,20, conforme demonstrado à fl. 1.135 dos autos.

Inerente à infração 3, diz que o contribuinte comprova o pagamento de várias notas fiscais, as quais foram excluídas do total da infração, conforme demonstrativo à fl. 1.136 dos autos.

Em relação à infração 4, aduz que o contribuinte faz prova de pagamento de várias notas fiscais de entradas que foram excluídas do levantamento fiscal, consoante fl. 1.137 e 1.138 dos autos.

No tocante às infrações 5 e 6, diz que as alegações fundamentadas pelo contribuinte nos papéis de trabalho anteriores foram acatadas, do que modificou o levantamento fiscal, conforme fls. 1.139 a 1.150 dos autos.

À fl. 1.166 a 1.169 dos autos, consta intimação ao sujeito passivo para tomar conhecimento da informação fiscal e dos demonstrativos feitos pelo autuante, com fornecimento de cópia, sendo-lhe concedido o prazo de dez dias para se manifestar, caso queira.

O contribuinte, às fls. 1.171 a 1.180 dos autos, em nova manifestação, aduz que várias foram as reformas realizadas pelo autuante, contudo, ocorre que muitos documentos comprobatórios de equívoco da autuação fiscal não foram levados em consideração na informação fiscal, devendo,

pois, ser novamente apreciados pelo CONSEF, inclusive diante das tantas considerações realizadas na informação fiscal em relação a cada item da acusação.

Em seguida, em relação à infração 1, reitera que o autuante não observou que a maioria das notas fiscais está devidamente escriturada no livro Registro de Entradas, apenas com data de entradas diferentes das datas de emissões, como também que outra parte das notas fiscais é de operações que não geram saídas como bonificação para demonstração, consumo próprio e serviços de propaganda, fato que impede a omissão de saídas dos mesmos, assim como são de operações que não se concluíram, ou seja, que não chegaram até o estabelecimento da defendente, como é o caso de diversas notas fiscais que foram emitidas e canceladas, conforme cópia de notas e planilha anexas aos autos, além de existir diversas notas fiscais de outro contribuinte, do que relaciona inúmeras notas fiscais.

No tocante às infrações 2, 3 e 4 diz que apresenta os pagamentos correspondentes às notas fiscais questionadas e o devido lançamento no livro Registro de Entradas, do que sustenta ser improcedente a infração.

Quanto às infrações 5 e 6, aduz que estão diretamente relacionadas à infração 1 e, conforme demonstrado com a documentação apresentada, vê-se que os fatos geradores das infrações são inexistentes, tornando improcedente todas as outras infrações ligadas à infração 1.

Assim, sustenta a nulidade do Auto de Infração, pois entende que o autuante, ao proceder a autuação de forma unilateral sem solicitar a informação sobre a escrituração das notas fiscais ao contribuinte, incorreu em nulidade absoluta da autuação fiscal, uma vez que todas as notas fiscais estão devidamente escrituradas nos livros fiscais e as que não estão são aquelas que foram canceladas, devolvidas sem sequer entrar no estabelecimento, são de serviços tomados, de outras operações que apesar de não estarem escrituradas não geram prejuízos para o fisco, como notas fiscais de despesas, de comodato, de troca por substituição de produtos vencidos, com números errados, de produtos isentos e o que é pior notas fiscais de outros contribuintes, e pode em situações isoladas ter acontecido a falta da obrigação acessória, do que pede a dispensa da multa e que seja o Auto de Infração julgado improcedente ou nulo. Anexa, às fls. 1.181 a 1.530 dos autos, documentos como prova de suas alegações.

Em pauta suplementar, a 4ª JFJ converteu o PAF em diligência para que o autuante excluísse do levantamento fiscal as operações comprovadas pelo contribuinte, a exemplo dos documentos fiscais citados, verificando a repercussão das notas fiscais excluídas nas demais infrações.

Em cumprimento à diligência, foi elaborada planilha, às fls. 1.538 e 1.539 dos autos, constando todas as notas fiscais citadas pelo autuado em sua defesa (fls. 1.175/1.176), sendo que na coluna "DILIGÊNCIAS" estão as conclusões que foram obtidas ao se analisar os documentos dos autos e na coluna "REPERCUSSÃO" as notas fiscais que foram excluídas ou alteradas ou mantidas da base de cálculo das infrações, tendo sido observado pelo preposto fiscal estranho ao feito, que:

1. Diversas notas fiscais não constam na base de cálculo das infrações, portanto, improcedentes as alegações do contribuinte;
2. As notas fiscais que foram devidamente comprovadas suas devoluções foram excluídas da base de cálculo das infrações;
3. As Notas Fiscais de nºs 58.513 e 327.905 foram alteradas suas bases de cálculo, conforme consta na defesa;
4. As notas fiscais que o contribuinte alega que estão com a numeração trocada, as provas não foram produzidas no processo, logo, não foram excluídas da base de cálculo das infrações;
5. As notas fiscais que o contribuinte alega que não adquiriu tais mercadorias, as provas não foram apresentadas aos autos, logo, não foram excluídas da base de cálculo das infrações;

6. As notas fiscais que o contribuinte diz que não houve falta de pagamento de ICMS, aduz o diligente que essas notas fiscais refere-se a outras saídas de mercadorias não especificadas (CFOP 6949), sem destaque do ICMS e que não são operações de vendas de mercadorias, razão da exclusão da base de cálculo das infrações.

Intimado do resultado da diligência, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, às fls. 1.543 a 1.549 dos autos, onde ressalta que o agente fiscal não se pronunciou sobre a grande maioria das notas constantes do Auto de Infração, nem tampouco sobre as comprovações de regularidade fiscal das operações realizadas pelo contribuinte.

Em seguida, informa que no processo administrativo fiscal relativo ao Auto de Infração nº 296515.0009/08-4, análogo ao presente, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal acolheu a manifestação do autuante e afastou, definitivamente, todas as notas fiscais que não figuraram quando da lavratura do Auto de Infração. Assim, requer tratamento idêntico para o presente caso, sob pena de patente cerceamento de defesa do contribuinte, pois diz ser impossível conseguir cópia das notas fiscais que nem o próprio fisco conseguiu adquirir para instrução dos autos. Em seguida, reitera suas argumentações anteriores, do que anexa documentos às fls. 1.550 a 1.595 dos autos.

Em pauta suplementar de 25 de novembro de 2010, diante das alegações trazidas pelo contribuinte às fls. 1.543 a 1.549 dos autos, o PAF foi convertido ao preposto fiscal diligente para que prestasse informação fiscal acerca dos argumentos e documentos anexados pelo contribuinte.

Este, por sua vez, após anexar novo demonstrativo, às fls. 1.601 a 1.609 dos autos, informa que o contribuinte afirma que as Notas Fiscais de nºs 14711, 14716, 412807, 916778, 5554 e 15442 foram canceladas. Contudo, destaca o diligente que as Notas Fiscais de nºs 5554 e 15442 foram devolvidas, conforme constam nas fls. 1553 e 1555 do processo. Assim, foram excluídas das planilhas de débitos. Porém, com relação às demais notas fiscais, o informante aduz que não há comprovação da devolução das mesmas.

No tocante à Nota Fiscal nº 58.513, diz que já havia sido feitas às devidas alterações nos demonstrativos de débitos.

Já em relação à Nota Fiscal de nº 327.905 (fl. 1580) de que é destinada ao uso e consumo e sendo assim não procede a cobrança da omissão de saída, impedindo a exigência do ICMS, o diligente registra que a infração é de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada através da entrada de mercadorias não registradas na escrita fiscal na condição de empresa normal, sendo assim, não são levadas em consideração a destinação das mercadorias e sim a falta de registro das mesmas, presumindo-se a omissão de saídas.

Aduz, ainda, que o autuado, à fl. 1.547, afirma que as Notas Fiscais nºs 328.909, 198 e 814344 foram lançadas regularmente em livro fiscal próprio, contudo, na folha 1.175 o mesmo afirma que essas mesmas notas fiscais estão com as numerações erradas e que os números corretos seriam respectivamente: 471.529, 197 e 814.345. Assim, o diligente conclui que o contribuinte, no intuito de ganhar tempo, manifesta-se na diligência de maneira contraditória, utilizando-se de artifícios meramente protelatórios.

Quanto à alegação do autuado de que na diligência realizada o autuante se limitou a comentar sobre um número pequeno de operações, por volta de quarenta notas fiscais, o diligente aduz que só foram objetos de análise as notas fiscais que foram contestadas pela defesa e solicitadas pela diligência, pois foge de sua análise as alegações de que não ocorreu qualquer negociação com determinados fornecedores e que seria impossível provar que não comprou as mercadorias. Por fim, elaborou novas planilhas de cálculos de débitos, às fls. 1.601 a 1.609 dos autos.

Intimado a se pronunciar do resultado da diligência, o contribuinte, às fls. 1.614 a 1.619 dos autos, apresenta manifestação na qual sustenta que não pode admitir a manutenção de inúmeras notas fiscais que, comprovadamente, foram lançadas nos livros fiscais, conforme se comprova da planilha exibida junto à defesa apresentada pelo contribuinte, planilha esta que contém o número

da nota, a data de emissão, data de escrituração, etc. Assim, requer que sejam avaliadas as referidas provas colacionadas aos autos, do que reitera suas alegações anteriores.

Já o preposto fiscal estranho ao feito que produziu a informação fiscal, à fl. 1.621 dos autos, aduziu que cabe ao suplicante em razão de ser sujeito passivo e por respeito ao princípio da economia processual, apresentar as provas de que dispõe, o que não o fez, e que nenhum fato novo foi apresentado. Assim, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 84.864,28, relativo a seis irregularidades.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo autuado, pois entendo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, visto que as infrações foram devidamente tipificadas e documentadas, salvo as exceções, ora excluídas.

Inerente ao pedido para realização de diligência para que o fisco oficie aos fornecedores para que comprovem que houve a comercialização de tais produtos à defendente, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o indefiro, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Quanto à alegação referente à taxa SELIC, ressalto que sua aplicação está prevista na Lei nº 9.250/95, cuja constitucionalidade já foi confirmada nos Tribunais Superiores, que têm reiteradamente exarado decisões neste sentido.

No mérito, quanto à primeira infração, a qual exige o imposto de R\$ 55.800,44, em razão da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cabe ao sujeito passivo provar a improcedência da presunção, como determina o dispositivo legal citado, demonstrando que contabilizou as aludidas entradas, ou que não ocorreu desembolso financeiro nas citadas operações, ou que ofereceu à tributação a receita de operações de vendas anteriores utilizada na aquisição das mercadorias.

Também há de salientar que, por ficar caracterizada, por presunção legal, a existência de uma omissão de receita de vendas anteriores de mercadorias tributáveis, a qual serviu de suporte para a aquisição das mercadorias adquiridas sem documentação fiscal, não tem pertinência a alegação do autuado de que *se tratam de operações em que não ocorre a incidência do imposto estadual e, portanto, são situações em que não nasce obrigação de recolher o ICMS*, pois, conforme já dito, o que se está a tributar é a receita de vendas anteriores de mercadorias tributadas utilizadas para aquisição de mercadorias, independentemente de sê-las sujeitas à tributação ou não do ICMS.

Da análise do levantamento fiscal original, às fls. 13 a 24 dos autos, verifica-se que o autuado comprovou parcialmente a improcedência da presunção legal, quando da sua defesa às fls. 121 a 153 dos autos, ao apensar documentos às fls. 155 a 1.124, tendo o autuante, quando da sua informação fiscal, às fls. 1.158 a 1.163, excluído do levantamento fiscal original as notas fiscais comprovadamente recebidas a título de bonificação ou comodato, devolvidas sem ter entrado no estabelecimento, lançadas no exercício seguinte, como também todas as notas fiscais registradas no livro Caixa, conforme demonstrado às fls. 1.126 a 1.134 dos autos, reduzindo o valor da infração 1 de R\$ 55.800,44 para R\$ 38.346,06.

Em seguida, em nova manifestação às fls. 1.171 a 1.180, o autuado apensa cópia do livro Registro de Entradas, às fls. 1.181 a 1.292 dos autos, comprovando o registro de parte das notas fiscais, objeto desta infração, tendo sido o processo convertido em diligências (fls. 1.534 e 1.599) para consideração das provas produzidas, ensejando no demonstrativo de fls. 1.601 a 1.609 dos autos, no valor de R\$ 33.236,66, para a infração 01.

Do cotejo do aludido demonstrativo (fls. 1.601/1.609) com a cópia do livro Registro de Entradas (fls. 1.181/1.292), verifico a existência de notas fiscais devidamente lançadas e ainda não excluídas do levantamento fiscal, como também a existência de nota fiscal cuja mercadoria foi devolvida, assim como notas fiscais que foram relacionadas, mas que não foram apensadas aos autos como prova da acusação fiscal, as quais o contribuinte as desconhece, devendo todas ser excluídas da exação fiscal, com base no levantamento de fls. 1.601 a 1.609, conforme a seguir:

- Mês de janeiro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 574879 (fl. 1188), 319649 (fl.1189), 452920 (fl.1189), 862477 (fl.1184), 26203 (fl.1184) e 454047 (fl.1186), remanescendo a previsão legal de omissão de saídas de R\$ 4.708,80, com ICMS devido de R\$ 800,50, em relação às Notas Fiscais de n^{os} 32983, 35884 e 1860, cujos registros não foram comprovados. Aduz o autuado que desconhece a aquisição da Nota Fiscal n^o 1860, contudo o documento colhido no CFAMT, à fl. 89 dos autos, é prova suficiente da operação.
- Mês de fevereiro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 454812 (fl. 1195), 58513 (fl. 1192), 456039 (fl. 1193), 321385 (fl. 1199), 81883 (fl. 1201), 18249 (fl. 1202), 283442 (fl. 1203) e 458526 (fl. 1205), remanescendo o ICMS devido de R\$ 539,44, relativo às Notas Fiscais n^{os} 439411 (fl. 90), 457323, 278446, 980944 e 980947, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de março de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 459238 (fl. 1204), 8270 (fl. 1206), 692322 (fl. 1207), 460243 (fl. 1209), 462574 (fl. 1210), 324842 (fl. 1212) e 463618 (fl. 1211), remanescendo o ICMS devido de R\$ 759,64, relativo às Notas Fiscais n^{os} 1675, 327905, 9543, 461660 e 5674, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de abril de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 464750 (fl. 1213) e 628339 (fl. 1215); nota fiscal n^o 46104, desconhecida pelo contribuinte e não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, remanescendo o ICMS devido de R\$ 661,12, relativo às Notas Fiscais n^{os} 8475, 44992, 1795, 628338 e 54345, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de maio de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 469197 (fl. 1216), 57465 (fl. 1222), 147641 (fl. 1221), 328909 (fl. 1217), 135115 (fl. 1219) e 472717 (fl. 1227), além da Nota Fiscal n^o 15442, devolvida conforme documento à fl. 1553, remanescendo o ICMS devido de R\$ 517,07, relativo às Notas Fiscais n^{os} 72840 e 301358, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de junho de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 475019 (fl. 1224), 476008 (fl. 1230), 476968 (fl. 1231) e 234992 (fl. 1232), além da Nota Fiscal n^o 47990, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, remanescendo o ICMS devido de R\$ 593,96, relativo às Notas Fiscais n^{os} 301924, 1852, 736688, 1873, 1874 e 5942, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de julho de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 477920 (fl. 1233), 478787 (fl. 1234), 107351 (fl. 1237), 479922 (fl. 1242), 194030 (fl. 1244), 472004 (fl. 1243) e 482284 (fl. 1240), além da Nota Fiscal n^o 49105, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, remanescendo o ICMS devido de R\$ 684,25, relativo às Notas Fiscais n^{os} 1951, 1952, 814, 370693, 1957, 374684, 9785, 9367 e 1992, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de agosto de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 198 (fl. 1245), 483389 (fl. 1246), 484492 (fl. 1247), 2034 (fl. 1258) e 486114 (fl. 1257), remanescendo o ICMS devido de R\$ 196,35, relativo às Notas Fiscais n^{os} 268 e 6103, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de setembro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 111862 (fl. 1250), 282424 (fl. 1249), 282425 (fl. 1248), 282484 (fl. 1249), 130347 (fl. 1251) e 491918 (fl. 1252), remanescendo o ICMS devido de R\$ 702,36, relativo às Notas Fiscais n^{os} 14711, 14712, 14713, 14714, 14715, 14716, 6193, 4208, 9198 e 796860, cuja presunção legal não foi elidida.

- Mês de outubro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 64531 (fl. 1253) e 450395 (fl. 1254), remanescendo o ICMS devido de R\$ 441,23, relativo às Notas Fiscais n^{os} 474, 9722, 1043, 6243 e 9303, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de novembro de 2006. Notas fiscais devidamente lançadas no livro Registro de Entradas: 788619 (fl. 1255), 814344 (fl. 1259), 339613 (fl. 1261) e 806427 (fl. 1260), além da Nota Fiscal n^o 52992, não anexada aos autos como prova da acusação, remanescendo o ICMS devido de R\$ 174,80, relativo às Notas Fiscais n^{os} 10391, 18803, 18804, 18806, 6313, 94417 e 22774, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de dezembro de 2006. A presunção legal não foi elidida, remanescendo o ICMS devido de R\$ 236,23, conforme fl. 1.605 dos autos.
- Mês de janeiro de 2007. Nota Fiscal n^o 509256 (fl.1264) foi lançada no livro Registro de Entradas, além da Nota Fiscal n^o 3024 não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, o que remanesce o ICMS devido de R\$ 1.052,20, relativo às Notas Fiscais n^{os} 840351, 6447, 9558, 9610, 1264, 6496, 19434, 19447, 5559 e 100889, cujos registros não foram comprovados.
- Mês de fevereiro de 2007. Nota Fiscal n^o 265583 (fl. 1268) lançada no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 27,56, relativo às Notas Fiscais n^{os} 1763, 74370 e 83538, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de março de 2007. Nota Fiscal n^o 36537 (fl. 1265) foi lançada no livro Registro de Entradas, além da Nota Fiscal n^o 57249, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, o que remanesce o ICMS devido de R\$ 657,20, relativo às Notas Fiscais n^{os} 6602, 9802, 9850, 91572 e 220543 (fl. 94), cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de abril de 2007. Nota Fiscal n^o 908859 (fl. 1267) foi lançada no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 245,84, relativo às Notas Fiscais n^{os} 6665, 222563, 1877, 3191, 9963, 225743 e 269683, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de maio de 2007. Nota Fiscal n^o 40134 (fl. 1271) foi lançada no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 609,40, relativo às notas fiscais n^o 6733, 279153, 6804, 10093 e 131782, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de junho de 2007. Notas fiscais n^o 46748 (fl. 1272) e 615028 (fl. 1270) foram lançadas no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 509,71, relativo às Notas Fiscais n^{os} 23558, 3299, 236188, 934111, 934112 e 10205, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de julho de 2007. Notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas: 338520 (fl. 1269), 316732 (fl. 1274) e 9633 (fl. 1276), além da Nota Fiscal n^o 61221, não anexada aos autos como prova da acusação, remanescendo o ICMS devido de R\$ 27,57, relativo à Nota Fiscal n^o 347448, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de agosto de 2007. Nota Fiscal n^o 412807 foi devolvida, conforme documento à fl. 1550, remanescendo o ICMS devido de R\$ 200,74, relativo às Notas Fiscais n^{os} 110677, 7112 e 10412, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de setembro de 2007. Notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas: 1641 (fl. 1277), 5942 (fl. 1278) e 5943 (fl. 1278), remanescendo o ICMS devido de R\$ 215,78, relativo às Notas Fiscais n^{os} 122991, 122992, 7203, 124660 e 10549, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de outubro de 2007. Nota Fiscal n^o 125213 (fl. 1275) foi lançada no livro Registro de Entradas, além da Nota Fiscal n^o 64155, não anexada aos autos como prova da acusação fiscal, o que remanesce o ICMS devido de R\$ 290,00, relativo às Notas Fiscais n^{os} 7250, 128626, 7304 e 10633, cuja presunção legal não foi elidida.
- Mês de novembro de 2007. Notas Fiscais n^o 476130 (fl. 1279) e 610815 (fl. 1280) foram lançadas no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 759,47, relativo às Notas Fiscais n^{os} 2169, 268345, 184294, 10718, 7381 e 19284, cuja presunção legal não foi elidida.

- Mês de dezembro de 2007. Notas Fiscais nº 378075 (fl. 1281) e 378076 (fl. 1282) foram lançadas no livro Registro de Entradas, remanescendo o ICMS devido de R\$ 288,50, relativo às Notas Fiscais nºs 916718 e 155214, cuja presunção legal não foi elidida.

Do exposto, após tais considerações, remanesce o ICMS de R\$ 11.190,92 para a infração 1.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 1			
Data da Ocorrência	ICMS Devido	Data da Ocorrência	ICMS Devido
31/01/06	800,50	31/01/07	1.052,20
28/02/06	539,44	28/02/07	27,56
31/03/06	759,64	31/03/07	657,20
30/04/06	661,12	30/04/07	245,84
31/05/06	517,07	31/05/07	609,40
30/06/06	593,96	30/06/07	509,71
31/07/06	684,25	31/07/07	27,57
31/08/06	196,35	31/08/07	200,74
30/09/06	702,36	30/09/07	215,78
31/10/06	441,23	31/10/07	290,00
30/11/06	174,80	30/11/07	759,47
31/12/06	236,23	31/12/07	288,50
TOTAIS	6.306,95		4.883,97

Quanto à segunda infração, a qual exige o imposto de R\$ 158,11, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de imobilizado, relativas às Notas Fiscais de nºs 1191, 628337 e 42341, conforme demonstrado à fl. 25, o próprio autuante, em sua informação fiscal às fls. 1.162, reconhece que o contribuinte, às fls. 653/654, comprova ter recolhido o ICMS pertinente às Notas Fiscais de nºs 1.191, 628.337 e 42.341. Sendo assim, a infração 2 é improcedente.

Inerente à terceira infração, a qual exige o imposto de R\$ 1.654,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrado às fls. 26 e 27, o autuante, às fls. 1.162 dos autos, aduz que o contribuinte faz prova do pagamento de várias notas fiscais, do que apura o valor remanescente de R\$ 336,06, relativo às Notas Fiscais de nºs 2640, 5662, 5844, 552 e 187338, conforme demonstra à fl. 1.136 dos autos, não tendo o autuado elidido tal valor. Sendo assim, a infração 3 é subsistente em parte, no valor de R\$ 336,06, sendo: R\$ 86,30 relativo à 31/05/2006; R\$ 33,00 relativo à 31/10/2006; R\$ 38,00, à 31/12/2006 e R\$ 178,76, à 31/08/2007, conforme demonstrativo à fl. 1.136 dos autos.

No tocante à quarta infração, a qual exige o ICMS antecipação parcial no valor de R\$ 3.220,43, o autuante, quando da sua informação fiscal, aduziu que o contribuinte fez prova de pagamento de várias notas fiscais de entradas que foram excluídas do levantamento fiscal, remanescendo o valor de R\$ 1.925,09, consoante fls. 1.137 e 1.138 dos autos. Em seguida, às fls. 1.297 a 1.314, o autuado apensa Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) de ICMS antecipação parcial, nos quais restou comprovado o recolhimento do imposto relativo à Nota Fiscal de nº 806427, constante do valor remanescente (fl. 1.137), conforme DAE à fl. 1300 dos autos, o que implica na exclusão do ICMS de R\$ 66,57, resultando na redução do ICMS de R\$ 1.925,09, constante às fls. 1.137 e 1.138 dos autos, para R\$ 1.858,52. Assim, a infração 4 é subsistente em parte, no valor de R\$ 1.858,52.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 4			
Data da Ocorrência	ICMS Devido	Data da Ocorrência	ICMS Devido
31/01/06	438,29		
28/02/06	77,99		
31/03/06	89,53	31/03/07	97,13
30/04/06		30/04/07	3,19
31/07/06	136,17	31/07/07	153,00
31/08/06	334,50		
30/09/06	129,55	30/09/07	356,36
31/10/06	13,02		
30/11/06	27,86		
31/12/06	1,93		
TOTAIS	1.248,84		609,68

Por fim, em relação às infrações 5 e 6, as quais exigem, respectivamente, as multas de 10% e 1% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação e não tributável, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos valores de R\$ 23.016,10 e R\$ 1.015,28, tendo o autuante, quando da sua informação fiscal, após as considerações defensivas, reduzido os valores para R\$ 15.664,51 e R\$ 872,88, conforme demonstrado às fls. 1.139 a 1.150 dos autos, vislumbro não caberem tais exigências, pois tratam-se das mesmas notas fiscais relacionadas na infração 1, na qual, conforme já vimos, se exige o imposto por presunção legal ou se comprova a improcedência da presunção em razão do registro do documento fiscal, da devolução da mercadoria ou da ausência do documento fiscal como prova da acusação fiscal.

Contudo, em relação às notas fiscais que foram lançadas na escrita fiscal descabe a exigência da multa, haja vista a sua escrituração. Quanto às notas fiscais que foram devolvidas antes de adentrarem no estabelecimento do autuado, por motivo óbvio também descabe a exigência da multa. No tocante às notas fiscais que não foram apensadas aos autos e o contribuinte não as reconhece, também não se há de que se exigir, diante da fragilidade da acusação fiscal. Por fim, inerente às notas fiscais, constantes dos autos ou reconhecidas como adquiridas, que não foram registradas e nem devolvidas, igualmente, descabe a exigência da multa, pois, conforme comando legal previsto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, tal penalidade por obrigação tributária acessória será absorvida pela multa para a obrigação principal, uma vez que se trata de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal é uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator. Assim, são insubsistentes as infrações 5 e 6.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 13.385,50, sendo: R\$ 11.190,92 em relação à infração 1; R\$ 336,06, à infração 3 e R\$ 1.858,52, à infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269515.0008/08-8**, lavrado contra **ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.385,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.194,58 e 70% sobre R\$11.190,92, previstas no art. 42, nos incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA